

Obrigatoriedade de a Administração cumprir as decisões judiciais – instituição do crime de lesa-corte

RESUMO

Salienta que o Judiciário somente se exprime como Poder quando seus representantes, os magistrados, exercem um papel ativo na ordem político-social. Apresenta teses que se referem à tipificação da recusa ao cumprimento de ordem judicial por funcionário público, analisando e distinguindo os crimes de "desobediência" e de "prevaricação". Observa ser dúbia a base legal para que o juiz determine a prisão da autoridade administrativa que descumpra ordem judicial. Argumenta ser necessária a instituição do crime de descumprimento de ordem judicial, a fim de garantir o efetivo desempenho das funções jurisdicionais.

PALAVRAS-CHAVE

Administração pública; ordem judicial – descumprimento; crime de desobediência; crime de prevaricação; Poder Judiciário.

1 PROLEGÔMENOS

Tenho eu que, no tratamento da matéria escolhida, imprescindível uma abordagem política, ideológica, do tema escolhido. Para tal, cumpre, primeiramente, excogitar: é o Judiciário um Poder?

Para nossos ouvidos acostumados à expressão "Poder Judiciário", a pergunta pode parecer ingênua ou impertinente. No entanto, não são todos os sistemas jurídicos que emprestam à tarefa judicante a autonomia suficiente que o vocábulo "poder" contém. Na França, por exemplo, exatamente a pátria de Montesquieu, a tripartição de poderes não é adotada na dimensão que aqui se lhe empresta, ganhando a tarefa judicante conotação de mera função do Estado, antes que de poder independente. A Juíza Marie-Joëlle Reamur¹ aponta como novos rumos do Direito na França emprestar-se maior autoridade e independência aos juizes. Terça armas a combativa magistrada para perseguir aquilo que, ao menos em teoria, a estrutura básica do Brasil já contém.

Por força do lamentável exacerbado autoritarismo do período da ditadura, observou-se aqui uma tendência a superdimensionar o Executivo, e este, gradativamente, foi ocupando espaços pertencentes aos demais Poderes. A volta à normalidade democrática deveria trazer como consequência um reequilíbrio político. Todavia, as pressões no sentido de adaptação a um quadro mundial neocapitalista que, em nome da globalização, presta tributo à competitividade, sobrepondo-a aos ideais de solidariedade, põem em risco o Estado de Direito. E as conseqüentes in-

vectivas contra direitos e garantias constitucionalmente sacramentados encontram no Judiciário um dique ao afã irresponsável de destruir conquistas históricas no campo do direito social, uma barreira contra as improvisações inconstitucionais, um muro contra as tentativas de lesões a direitos dos trabalhadores e dos contribuintes; em suma, a resistência que a cidadania necessita para exercitar-se plenamente. E, no realizar seu elevado mister, a muitos o Judiciário incomoda.

Partindo da premissa, constitucionalmente consagrada, da existência do Judiciário no Brasil como Poder, há que se debruçar o estudo, agora, sobre a semântica do termo. Poder é exercício de autoridade, é capacidade de mando, que se não faz presente sem meios quaisquer de coerção. A premissa leva-nos a indagar: existe vontade política para que o juiz detenha o instrumento de mando? Ou se quer seja ele mero funcionário burocrata, a servir ao interesse dos órgãos públicos, mesmo quando não coincida este com o interesse público, que é um bem muito maior? Quanto de tradição sedimentada ao longo de séculos de pensamento jurídico sacrificar-se-á a pretexto de garantir a "governabilidade"?

Peço vênias, aqui, para fazer minhas as palavras do Prof. Silvio Dobrowolski²:

Na verdade, trata-se aqui da necessária fundamentação jurídica para o que se denomina ativismo judicial, ou seja, o obrigatório comprometimento desse Poder na construção política do desenvolvimento social, já que o Judiciário, nos tempos atuais, não pode propor-se a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem

jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos.

Sim, é esse "ativismo judicial" a expressão do Judiciário como Poder.

2 TESES EXISTENTES QUANTO À TIPIIFICAÇÃO DA RECUSA AO CUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO

Ausente está entre nós figura correspondente ao *contempt of court*, que permite ao tribunal punir logo e por seus próprios meios a resistência a sua autoridade, inclusive determinando a manutenção sob custódia de pessoa até que se cumpra a ordem. Segundo preleciona o Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Recurso em Mandado de Segurança n. 9228-MG – REG 97867765), (...) *o procedimento tem sido questionado, especialmente quando se trata de contempt in facie curiæ, a permitir que a mesma autoridade aplique a sanção, mas a verdade é que se conserva e é moderadamente aplicado*. Debita o ilustre magistrado e jurista ao fato de não haver, na nossa história, a tradição de reprimir imediatamente a desatenção ao selo real, a inexistência entre nós de igual figura de direito.

Três correntes doutrinárias formaram-se a respeito do enquadramento legal da atitude do administrador de recusar cumprimento às determinações judiciais. Primeiramente, adotou-se a figura da desobediência; porém vozes surgiram na defesa de que o delito do art. 330 do Código Penal está catalogado entre os praticados pelo particular contra a Administração em geral, não se confi-

* Texto produzido pelo autor, baseado em conferência proferida no Fórum de Debate sobre Modernização do Direito, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Associação dos Magistrados Catarinenses e Escola de Magistrados de Santa Catarina, no Balneário Camboriú-SC, de 9 a 11 de novembro de 2000.

Mostra-se, completamente absurda a idéia de que o legislador tenha deliberadamente deixado o juiz desamparado de meios eficazes para fazer cumprir suas ordens. Parece-me ainda razoável a idéia de que ninguém desobedece em nome da Administração; se está a descumprir ordem judicial, não pode o agente público pretender do órgão a que pertence qualquer respaldo; age por si próprio (...)

gurando, pois, se tanto o acusado quanto a vítima são equiparados a funcionários públicos. E passou-se a admitir, então, a prevaricação. Mas há mesmo quem defenda, com base no princípio *nullum crimen sine lege*, que não existe, na hipótese, crime algum.

No que concerne ao tipo desobediência, é iterativa a jurisprudência no sentido de que (...) *o crime de desobediência só ocorre quando é praticado pelo particular contra a Administração e, assim, nele não incorre o funcionário público, quando no exercício de suas funções legais.*

Em artigo concernente ao assunto, Agapito Machado³ preleciona:

a) *Para juristas da estirpe de Castro Nunes, De Plácido e Silva e Hely Lopes Meirelles, o descumprimento à decisão proferida em mandado de segurança tipifica crime de desobediência (CP, art. 330); b) Para Seabra Fagundes, Jorge Salomão, Sérgio Fadel e Sérgio Andréa Ferreira, o fato tipifica crime de prevaricação (CP, art. 330);*

(...) *Celso Barbi, Othon Sidou e Arruda Alvim lamentam, mas reconhecem que o Direito positivo, em seu estado atual, não faculta ao juiz agir*

diretamente contra a autoridade recalcitrante, limitado que fica a pedir, por meio dos órgãos competentes, a intervenção federal ou o seu enquadramento em crime de responsabilidade, quando for o caso.

(...) *No atual estágio, entretanto, a jurisprudência do Pretório Excelso tem-se orientado no sentido de não reconhecer delito penal – “desobediência” ou “prevaricação” – na simples recusa, ipso facto, em dar cumprimento à ordem judicial.*

Em relação à tipificação do comportamento em estudo como prevaricação, é preciso ressaltar que o saudoso Nelson Hungria, além de afastar o enquadramento como desobediência, em razão de ser privativo de particular, exige uma especificidade de dolo que torna bem raras as hipóteses no campo da realidade fática, porquanto faz discernir “entendimento” de “sentimento”; o *affectus* do raciocínio lógico.

Encontro, na solução do problema, o conflito entre duas idéias: tenho plena noção do risco que se corre quando se abrem exceções em relação à tipificação rígida. No campo do Direito Penal, não se pode conceber crime sem definição legal expressa; do mesmo modo que não se pode admitir imposto por interpretação. É o princípio da reserva legal. Todavia, fala igualmente alto o magistério de Carlos Maximiliano, em lição que merece ser constantemente relida: a exegese não pode desaguar em resultado absurdo. Diz o mestre de Direito:

Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, ou este juridicamente nulo⁴.

Desde que a interpretação pelos processos tradicionais conduz a injustiça flagrante, incoerências do legislador, contradição consigo mesmo, impossibilidades ou absurdos, deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido equitativo, lógico e acorde com o sentir geral e o bem presente e futuro da comunidade.

Mostra-se, a meu sentir, completamente absurda a idéia de que o legislador tenha deliberadamente deixado o juiz desamparado de meios eficazes para fazer cumprir suas ordens. Parece-me ainda razoável a idéia de que ninguém desobedece em nome

da Administração; se está a descumprir ordem judicial, não pode o agente público pretender do órgão a que pertence qualquer respaldo; age por si próprio, há de responder como particular. Não há, portanto, lacuna a colmatar; a desobediência é uma só, mesmo que praticada pretensamente em nome da Administração.

Para o eminente Ministro do STJ, Adhemar Ferreira Maciel⁵, em tendo descumprida sua decisão, (...) *deverá simplesmente mandar prender seu destinatário, que se acha em flagrante delito. (...) O fato é que o juiz, sem qualquer açodamento, cum prudentia officii, não pode deixar que seu mando caia no vazio. (...) o juiz não pode cruzar os braços e falar que já cumpriu a sua parte, isto é, já reconheceu o direito do impetrante.*

3 ESTADO DE FLAGRÂNCIA E COMPETÊNCIA

Fatores outros tornam o quadro ainda mais complexo: o estado de flagrância e a competência. No que concerne à primeira figura, diz a autoridade de Hugo de Brito Machado⁶:

Poder-se-ia argumentar que, em se tratando de situação de flagrante, vale dizer, em se tratando de desobediência que está sendo cometida, a prisão é válida, porque pode ser efetuada por qualquer pessoa. O argumento, porém, tem validade apenas aparente.

Com efeito, é necessário distinguir o ato de prender, de efetuar a prisão de alguém, do ato de ordenar, de decretar a prisão de alguém. O ato de prender pode ser motivado pelo flagrante, o decreto de prisão obviamente terá outro fundamento. O ato de prisão há de ser comunicado ao juiz competente, vale dizer, ao juiz criminal competente para o processo pelo crime de desobediência, bem como à família do preso ou à pessoa por ele indicada. O decreto de prisão, que já parte de autoridade judiciária competente, não precisa ser, nem na prática é, comunicado a outrem.

E, mais especificamente sobre a questão da competência, averba em seu magistério o festejado jurista:

Decidiu já a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região: “Fora do flagrante delito ocorrido em sua presença, o Juiz não tem competência para o processo criminal não poderá ordenar a prisão penal de quem quer que seja”.

Realmente, a autoridade competente para decretar a prisão penal é, como já dito acima, o Juiz competente para o processo e julgamento do acu-

sado. Não uma outra autoridade judiciária. Mesmo um juiz com jurisdição criminal não é necessariamente competente para o decreto de prisão. A autoridade competente, a que se refere o art. 5º, item LXI, da Constituição é apenas o Juiz competente para o processo criminal o relativo ao delito e à pessoa de que se cuida, vale dizer, o Juiz competente para processar e julgar aquele cuja prisão está determinando, em razão do fato que está a motivar tal prisão.

Ao que se vê, portanto, por mais óbvio que se apresente o poder-dever do juiz de garantir o cumprimento da ordem, determinando a prisão da autoridade administrativa que temerariamente quer colocar-se acima da lei, sua ação está tolhida por argumentos de toda ordem, sendo dúbia, a não se dizer inexistente, a base legal para sua atuação. A respeito, Agapito Machado⁷:

Não é de agora esta luta. Desde quando assumi a magistratura federal em 1987, enfrentei problemas com uma autoridade que tinha respaldo junto ao Governo Federal, quando então constatei a dificuldade que tem o juiz de fazer cumprir suas decisões, diante da acanhada legislação penal existente para punir o desobediente. Naquela oportunidade, publiquei meu primeiro trabalho na Revista AJUFE e, angustiado, comuniquei o assunto ao Presidente do STF, e solicitei ao Ministro da Justiça e parlamentares daquela época o envio de projeto de lei sobre o assunto. Como resposta, aí está a realidade: até hoje não existe lei para punir, eficazmente, essa situação. Com efeito, e tendo em vista que o Poder Judiciário só pode iniciar o processo legislativo nas chamadas matérias de sua economia interna, resolvi mais uma vez apelar, republicando este tema, com inovações, para que aqueles que têm o poder de remeter qualquer projeto de lei o façam o mais rápido possível. É necessário garantir efetiva e concretamente o direito do jurisdicionado nas ações mandamentais, como o mandado de segurança. Para tanto, é indispensável a criação, por lei em sentido formal e material, de um tipo penal próprio, sem exigência de dolo específico, no Capítulo "Dos Crimes Contra a Administração da Justiça", com a pena mínima de 2 (dois) anos de reclusão e a máxima não inferior a 6 (seis) anos, portanto inafiançável e sem direito a liberdade provisória sem fiança, de modo a obstruir a prescrição (da própria ação, retroativa ou superveniente ou da própria execução).

Somente assim valerá a pena se enaltecer a existência do mandado de

segurança, nominando-o de remédio constitucional heróico, e demais ações de natureza mandamental e se bater às portas do Judiciário. Não basta ganhar. É preciso levar. Vitória de Pirro é derrota. Só as leis penais sérias podem tornar efetivas as decisões judiciais.

Ivan Lira de Carvalho⁸ aponta igual preocupação do Dr. Fábio Bittencourt da Rosa, Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

Afirma, preocupado, Fábio Bittencourt da Rosa: "(...) se a desobediência a ordem judicial não tipifica o crime do art. 330 do CP, quando praticado por servidor público, outra solução tem de ser estabelecida em nível legislativo. E tem razão o juiz gaúcho em clamar por um remédio que sirva a coartar procedimentos como o acima referido, já que a prisão por desatenção à ordem judicial não está prevista na legislação nacional com força executiva, como ocorre aos inadimplentes da pensão alimentícia e aos depositários infelizes.

4 CONCLUSÃO

Urge instituir expressamente o crime de descumprimento de ordem judicial, para que se espanquem de vez quaisquer dúvidas. Enquanto tal não acontece, todavia, não vejo com alegria os juizes desprestigiados em suas decisões, deixados órfãos em razão de uma visão tecnicista, que, por melhores que sejam os argumentos que a comportam, em nada contribuem para dar ao Poder Judiciário a real condição de Poder, imprescindível para o desempenho de suas elevadas tarefas. Deixo aqui claro, todavia, que não estamos a defender atitudes insensatas, discricionárias, arrogantes; não se trata de aconselhar atitude de enfrentamento; a Lei Maior estabelece poderes independentes, sim, porém harmônicos. Tenho absoluta convicção de que o esclarecimento do tipo penal terá como consequência a delimitação do comportamento tanto do magistrado quanto da Administração, diminuindo ou eliminando áreas de atrito.

Tenho, portanto, que imprescindível é uma definição óbvia tanto do tipo legal quanto da competência para a efetivação das medidas pertinentes; e creio que mais acertado será outorgar ao juiz que exarou a ordem judicial competência para, em termos de coerção administrativa, tomar as medidas necessárias a dar eficácia ao decidido, inclusive decretando a prisão do temerário agente público recalcitrante; isso independentemente da ação penal que se instaure a seguir. Para espantar eventual temor em

relação às consequências da modificação legislativa ora proposta, é bom que se registre que, durante muito tempo, antes que se levantassem questões atinentes a tipicidade e competência, era pacífico na doutrina e jurisprudência que era válida a prisão em flagrante de desobediência no descumprimento de decisões judiciais, e não se registraram abusos; ao contrário, sempre se houveram os juizes com o discernimento e a temperança necessários à perfeita aplicação da lei, restritas as medidas de maior severidade *ultima ratio*. A ausência de mecanismos eficazes para a defesa das decisões judiciais provoca uma debilidade do Poder Judiciário que tem dado espaço à arrogância temerária de autoridades administrativas. Depois, é bom lembrar que as decisões dos juizes de primeiro grau estão sujeitas ao controle dos tribunais superiores, que poderão corrigir eventuais e raras distorções.

Feito aqui apenas um bosquejo sobre o tratamento que a matéria tem merecido e a solução cabível *de lege ferenda*, permito-me, em tentativa de refugir à reiteração do óbvio, tomar de empréstimo as palavras do Dr. Newton De Lucca em relação à necessidade de cultivarem-se esperanças. Enquadro o assunto tratado dentro de toda uma conjuntura de política de valorização do Judiciário, de prestigiamento dos juizes de primeiro grau, de mobilização de aperfeiçoamento do Estado de Direito e da adoção da atitude de "ativismo político" que Silvio Dobrowski aconselha. Refiro mesmo a engajamento, a uma campanha de conscientização do Judiciário, porque, no meu modo de ver, o progresso sadio, a evolução política do Brasil, o caminho para instituições democráticas seguras, a realização de uma sociedade justa e solidária, tudo depende de uma bandeira a ser erguida e levada pelo Judiciário, garantidor da cidadania. Acredito em ideais. É imprescindível um basta às tentativas que ora se fazem de queimar na pira de um tecnicismo rígido, de um positivismo insensato, conquistas sociais que custaram sacrifício e mesmo sangue. É preciso preservar a tradição jurídica de séculos ameaçada pelo vandalismo dos que se limitam a destruir, mas não têm nada a erigir em substituição. O Judiciário, como Poder que é, não pode refugir à responsabilidade, ao encargo, maldisfarçando-se na máscara de uma pretensa isenção, como se possível e aconselhável fosse a esterilidade ideológica. Durante todo o tempo em que, no silêncio do gabinete, queimei as horas da vida no mister de tentar

distribuir justiça, esteve comigo a bandeira, o ideal sacrossanto da persecução da “justiça justa”, que faz do juiz, agente político que é, um ser engajado na direção mais construtiva : o artífice do Estado de Direito.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 REAMUR, Marie-Joëlle. *Do Estado Legal ao Estado de Direito*.
- 2 DOBROWOLSKI, Silvio. *A Constituição no Mundo Globalizado*. (S.l.): Diploma Legal, 2000. p. 73.
- 3 MACHADO, Agapito. O aspecto penal do descumprimento às decisões judiciais de natureza mandamental. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 84, n. 722, p. 389-394, dez. 1995. p. 389.
- 4 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 426 p. p. 166.
- 5 MACIEL, Adhemar Ferreira. Descumprimento da Ordem Judicial. *Revista AJUFE*, ago. 1990.
- 6 MACHADO, Hugo de Brito. Prisão por desobediência a ordem judicial. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 16, n. 96, p. 25-39, jan. 1992. p. 32.
- 7 MACHADO, 1995. p. 394.
- 8 CARVALHO, Ivan Lira de. O Descumprimento de Ordem Judicial por Funcionário Público. *Revista Forense*, v. 91, n. 330, p. 111-117, abr./jun. 1995. p. 117.

ABSTRACT

This paper points out that the Judiciary only expresses itself as a Power when its representatives, its judges exercise an active role at the socio-political level. It presents theses that refer to the banalisation of the refusal by public servants to comply with judicial orders. It therefore analyses and distinguishes between the crimes of ‘disobedience’ and ‘violation of duty’. It notes that the legal basis for a judge to determine the imprisonment of an administrative authority for non-compliance with a judicial order is dubious. It argues for the need to implement the crime of non-compliance with a judicial order in order, to guarantee the effective working of jurisdictional functions.

KEYWORDS – Public administration; judicial order – non-compliance; the crime of disobedience; the crime of violation of duty; Judiciary Power.

Luiz Carlos de Castro Lugon é Juiz do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.